

## EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA DESDE LAS ÚLTIMAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

*Inmaculada García Presas*  
*Universidad de A Coruña\**

### I. LA FAMILIA: CONCEPTO

La familia, al estar regulada por el Derecho, es una institución jurídica pero, ante todo, lo es social<sup>1</sup>, ya que se ha considerado a la familia como fundamento mismo del Estado. No existe, sin embargo, precepto alguno en la Constitución Española ni en la legislación ordinaria en el que se defina a la familia.

A pesar de ello y, prescindiendo de acepciones demasiado amplias (ej.: conjunto de personas ligadas por un vínculo conyugal, de parentesco o afinidad, que incluye a personas difuntas —antepasados— y concebidas —*nasciturus*—) o, de otras demasiado restringidas (ej.: grupo formado por los padres y los hijos bajo su patria potestad), se puede definir a la familia como el conjunto de personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco.

A continuación, haciendo hincapié en la definición expuesta se procederá a desglosarla. Es, pues, un conjunto de personas físicas: seres humanos nacidos que cumplan las condiciones para serles reconocida su personalidad —«para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»<sup>2</sup>, incluyéndose al *nasciturus*, a los efectos favorables, «pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco de un contrato postdoctoral «Ángeles Alvariño», de la Xunta de Galicia.

<sup>1</sup> Véanse Meil Landwerlin, 2006; Vázquez de Prada, 2008.

<sup>2</sup> Artículo 30 del Código Civil Español.

*sean favorables*»<sup>3</sup>, pero no incluye a los difuntos —antepasados—, pues dejaron de ser personas, sujetos de derecho, ya que «*la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*»<sup>4</sup>. Únicamente se hace referencia, por lo demás, a las personas físicas y, por ello, hay que concluir que las personas jurídicas quedan fuera del concepto de familia.

Asimismo, tal como se desprende del concepto de familia, las relaciones entre sí que se dan en las personas físicas que la forman se deben a vínculos conyugales o de parentesco. Los conyugales son por razón de matrimonio. Las relaciones extramatrimoniales no integran el Derecho de Familia, sin embargo, si llegan a la categoría de unión de hecho, sí que están dentro del Derecho de Familia, por lo menos en algunos de sus aspectos y, en todo caso, sí participa del mismo la filiación que pueda surgir tanto de aquellas relaciones extramatrimoniales como de esta unión de hecho

El parentesco es, por otra parte, un vínculo que liga a unas personas con otra, vínculo que, da origen a distintas clases del mismo. En efecto, hay parentesco de consanguinidad, de afinidad o político y, también, adoptivo.

Conviene aclarar —en evitación de las muchas confusiones sobre todo de carácter terminológico que el asunto suele provocar— que el matrimonio no crea relación de parentesco entre quienes lo contraen, esto es, los cónyuges no son parientes entre sí. Igualmente, cabe puntualizar que el matrimonio no genera parentesco entre los parientes consanguíneos (o adoptivos) de cada cónyuge, como es el caso de los consuegros<sup>5</sup>.

En primer lugar y, por lo que respecta al parentesco de consanguinidad, es el vínculo de sangre que une a las personas. Es decir, las personas son parientes consanguíneos unas de otras por que llevan la misma sangre. Las personas que son parientes de sangre: o descienden unas de otras (como el hijo, del padre; o el padre, del abuelo); o descienden de un antepasado común (como dos hermanos, que proceden del mismo padre; o dos primos, que proceden de un mismo abuelo). En el primer caso se habla de parentesco de sangre en línea recta; en el segundo caso se habla de parentesco de sangre colateral.

<sup>3</sup> Artículo 29, segundo inciso, del Código Civil Español.

<sup>4</sup> Artículo 32 del Código Civil Español.

<sup>5</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 18.

Por otra parte, el parentesco político o de afinidad es el que liga a un esposo con los parientes de sangre o adoptivos del otro esposo. Así pues, los parientes consanguíneos (o adoptivos) de cada cónyuge pasan a ser, en la misma línea y grado, parientes políticos o por afinidad del otro cónyuge. De forma que el marido es hijo político de los padres de su mujer; o hermano político de los hermanos de su mujer; y el hijo que nuestro cónyuge tuvo con otra persona es hijo político (hijastro) nuestro.

Por último, el parentesco adoptivo es el que, procedente de la adopción, liga a personas entre las que media la adopción. Sus efectos son los mismos que los del parentesco consanguíneo. Dando lugar a la plena integración del adoptado en la familia del adoptante y la extinción de sus vínculos jurídicos con su familia anterior<sup>6</sup>.

Por lo tanto se produce la plena vinculación jurídica del adoptado con su familia adoptiva, vinculación que alcanza no solo a las personas del adoptado y adoptante sino también a las familias de ambos. De esta forma el adoptado se convierte en nieto de los padres de su adoptante, y sus hijos en sus biznietos.

### *1.1. Las clases de familia*

Hay distintos tipos o clases de familia, entre los que se pueden destacar los siguientes: La familia nuclear es la formada por los padres y los hijos. La familia extensa es la determinada por aquellos individuos que provienen de un tronco común, más o menos próximo, y que mantienen unas relaciones relativamente frecuentes. La familia polinuclear es la formada por diversas familias nucleares, y la integran distintas generaciones. La familia nuclear ampliada es la nuclear que hemos visto a la que se suman otra clase de parientes. La familia incompleta se compone de un solo miembro del matrimonio como, por ejemplo, el cónyuge viudo, con o sin hijos o los divorciados. La familia poligámica está compuesta por el marido con varias esposas y los hijos de ellas. Este tipo de familia no se admite en los derechos europeos u occidentales.

Cuando en el Derecho moderno se habla de familia (por ejemplo: familias numerosas, subsidio familiar, etc.) se hace referencia a la familia nuclear y no a la familia extensa, salvo que naturalmente la interpretación obligue a entender otra cosa, aunque esa diversa con-

<sup>6</sup> Artículo 178 del Código Civil Español.

clusión sea siempre excepcional. Así cuando el artículo 39 de la Constitución habla de protección jurídica y económica de la familia, está haciendo referencia a la familia nuclear

Actualmente, la realidad social de la familia en España refleja la desaparición de la familia extensa y su sustitución por una familia nuclear —así se desprende de nuestras circunstancias económicas, culturales y políticas—. Las funciones de la familia nuclear han quedado reducidas a constituir una unidad de consumo y a compartir funciones de crianza, educativas, culturales y asistenciales con el Estado, además de mantener su papel determinante en la reproducción biológica de la sociedad<sup>7</sup>.

## 2. EL DERECHO DE FAMILIA: CONCEPTO Y PRESENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Derecho de Familia puede ser definido como «*el conjunto de normas jurídicas de derecho privado que regulan la familia en todos sus aspectos*». Comprende, esencialmente, tres aspectos: 1) las normas relativas a las relaciones de pareja, especialmente las matrimoniales; 2) la filiación; y 3) las instituciones de guarda legal: la patria potestad, la tutela y la curatela.

A su vez, el matrimonio incluye la normativa sobre su celebración, sus efectos personales y económicos —que incluye los regímenes económicos matrimoniales—, y, las situaciones de crisis: nulidad, separación y divorcio.

Por lo que respecta a la filiación, ésta comprende: 1) la matrimonial, 2) la extramatrimonial, y 3) la adoptiva.

Por último, la tutela y la curatela se refieren a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad.

A diferencia de lo que ocurre en otros Códigos Civiles (alemán, suizo, italiano y portugués), el de España carece de un tratamiento específico y unitario del Derecho de Familia por lo que sigue un formato más próximo al modelo romano. La determinación del parentesco se encuentra en el Libro III «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*», al regularse en el mismo la sucesión intestada. Hay que añadir que del matrimonio, de la filiación y de las instituciones protectoras relacionadas con la familia se ocupa el Libro I «*De las personas*», en los Títulos IV a VII y X (arts. 42 a 180, 215 a 306). Final-

<sup>7</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 23.

mente el régimen económico matrimonial y las donaciones por razón del matrimonio, son objeto del Título III del Libro IV «*De las obligaciones y contratos*» (arts. 1315 a 1444), después de los títulos dedicados a las Obligaciones y a los Contratos en general y antes de los títulos dedicados a los contratos en particular<sup>8</sup>.

### 2.1. Características del Derecho de Familia

Pueden destacarse las siguientes:

1) Su contenido ético: En ningún otro campo jurídico influyen como en el Derecho de Familia la religión y la moral; tanto es así que esta parte del Derecho se apropia muchas veces de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos. Así se explica que haya en el Derecho de Familia numerosos preceptos sin sanción o con sanción atenuada<sup>9</sup>.

2) En el Derecho de Familia existen factores de orden público y puede hablarse de un «*orden público familiar*», en la medida en que las reglas básicas sobre las que la familia se organiza se encuentran recogidas en el texto constitucional. Hay un interés en el mantenimiento de la institución familiar, y en que ésta posea un determinado sentido que no quede abandonado a sus propias fuerzas e iniciativas. De aquí el hecho notorio de que la intervención de los órganos del Estado sea frecuente en gran número de actos relativos al Derecho de Familia y que existan, por parte de los Estados, una serie de directrices de política familiar<sup>10</sup>.

Así pues, se viene produciendo una publicación del Derecho de Familia a través del creciente intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar, como sucede en materia de expedientes de acogimiento, adopción y tutela de menores por instituciones públicas. Surge así, un Derecho de familia administrativo. Este intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar es beneficioso si es controlado, pero ofrece el peligro de que, a su través, se venga a dirigir a la familia según las conveniencias de los intereses del grupo hegemónico que se halle en el poder.

3) Su carácter transpersonalista: Pues mientras en las demás ramas del Derecho Privado la Ley sirve al interés de los particulares, a los

<sup>8</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 18.

<sup>9</sup> Díez-Picazo y Gullón, 2006, p. 43.

<sup>10</sup> Díez-Picazo y Gullón, 2006, p. 43.

finés individuales de la persona; en las relaciones familiares prima el interés superior de la familia, ya que es su interés y, por derivación, al del Estado, al que tal Derecho de Familia pretende servir.

4) Su carácter imperativo: La mayor parte de los preceptos del Derecho de Familia tienen carácter imperativo, que impide o limita el juego de la autonomía de la voluntad. Ello no significa que quede suprimida la autonomía de la voluntad —según la cual « *contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público* »<sup>11</sup>—, pero sí que las limitaciones que presenta la autonomía de la voluntad en este sector son mayores que en otros campos del Derecho Privado.

Así, por ejemplo, la obligación de prestar alimentos a los parientes es obligatoria y el alimentista no puede renunciar a los alimentos futuros (artículo 151, 1 del Código Civil); o el hecho de que los cónyuges no pueden pactar sobre la nulidad de su vínculo matrimonial, o establecer una forma válida de celebración del matrimonio diversa de las permitidas.

Sin embargo, hoy día, es perfectamente posible que los miembros de una pareja regulen sus relaciones personales y patrimoniales, ampliándose el ámbito de la autonomía de la voluntad que, en otros tiempos, estaba muy limitado. La posibilidad de suscribir un convenio regulador de las consecuencias de la nulidad matrimonial, separación o divorcio —artículo 90 del Código Civil—; o la de otorgar capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio —artículo 1326 del Código Civil— son nítidos ejemplos de esta ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad.

### 3. LA EVOLUCIÓN MODERNA DEL DERECHO DE FAMILIA

Se habla de la existencia de una crisis del Derecho de Familia. En primer lugar, por la reducción del círculo familiar, en otro tiempo familia extensa —que constituía la llamada «*gens*» linaje—, y hoy por el predominio de la llamada familia nuclear. Y, en segundo término, por la actuación creciente de las organizaciones sociales —la seguridad social, escuelas públicas, intervención de organismos tutelares de los entes públicos—. Tal como indica el profesor Lasarte, «*Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el*

<sup>11</sup> Artículo 1255 del Código Civil Español.

*que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas»<sup>12</sup>.*

El Derecho de Familia ha experimentado en nuestro tiempo una evolución profunda originada por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales. Por vía de ejemplo, o de esbozo, se pueden señalar en los modos de comportamiento algunos puntos que son sintomáticos: la libertad de elección del cónyuge que, aunque, otra cosa parezca, es una conquista relativamente reciente; la eliminación de las dotes (es decir, de lo que la familia de la mujer aportaba al matrimonio); la mayor posibilidad de matrimonios mixtos por razones de religión, nacionalidad, raza o clase; la cada vez menor sumisión de los jóvenes a sus progenitores y antecesores; la igualdad hereditaria; la admisión del divorcio; el uso de anticonceptivos; la regulación del aborto...

Dadas tantas novedades, en este mundo cambiante, la normativa sobre la familia, contenida en los Códigos Civiles, se había tornado anacrónica y tenía que modificarse<sup>13</sup>.

La necesidad patente de actualizar la normativa existente en España sobre el Derecho de Familia procede de dos factores fundamentales: Por un lado, de la conservación, hasta tiempos relativamente recientes, de la redacción originaria del Código Civil español del año 1889, inspirado en criterios propios del momento codificador. Por otro, de la aprobación de la Constitución española en el año 1978 que, dando por aceptadas innegables conquistas sociológicas, consagra principios relativos a la dinámica familiar absolutamente contradictorios con los inspiradores de los códigos decimonónicos.

#### 4. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE FAMILIA

Los preceptos básicos que la Constitución dedica, en España, a la familia son sus artículos 32 y 39. Según el primero de ellos, *«el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»* añadiendo que la *«ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capa-*

<sup>12</sup> Lasarte, 2010, p. 6.

<sup>13</sup> Díez-Picazo y Gullón, 2006, p. 39.

*cidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».*

De conformidad con el artículo 39, los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y la de los hijos, a los que se considera iguales ante la ley con independencia de la filiación —absoluta igualdad ante la ley de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales—; asimismo, los poderes públicos aseguran la protección de las madres cualquiera que sea su estado civil —se refiere al caso de las madres solteras—, y se añade que la ley posibilitará la investigación de la paternidad a los efectos de determinar la filiación. El precepto citado concluye diciendo que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda<sup>14</sup>.

El artículo 16 (3) de la Constitución, al declarar la aconfesionalidad estatal —que significa que no hay ninguna religión oficial en España ya que tiene lugar una libertad religiosa— supone, implícitamente, delegar en el legislador ordinario la posibilidad de existencia del divorcio<sup>15</sup>.

La Constitución se refiere, además, al interés de la familia en otros artículos:

- En relación con la protección del honor y la intimidad: Según su artículo 18 (1), *«se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»* y en función de lo establecido en el artículo 18 (4) del mismo texto legal *«La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».*

- En relación con la formación religiosa y moral de los hijos el artículo 27 (3) indica que *«Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».*

- Por lo que respecta al control y a la gestión de los centros docentes sostenidos con fondos públicos el art. 27 (7) dice que *«Los profesores, padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca».*

<sup>14</sup> Diez-Picazo y Gullón, 2006, p. 39.

<sup>15</sup> Lasarte, 2010, p.6.



- En relación con la remuneración del trabajo el artículo 35 (1) ordena que «*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*»<sup>16</sup>.

## 5. LA LEGISLACIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL

Tales principios constitucionales han sido plasmados fundamentalmente mediante las reformas del Código Civil operadas por dos leyes cuya aprobación ha supuesto la instauración de un nuevo Derecho de Familia. Ambas fueron publicadas en 1981, bajo el Gobierno de la Unión de Centro Democrático, UCD -liderada hasta ese año por el Presidente Don Adolfo Suárez-, siendo Presidente del Gobierno Don Leopoldo Calvo-Sotelo. Tales textos representan la mayor y más profunda reforma del Código Civil desde su publicación en 1889<sup>17</sup>.

### 5.1. La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

La filiación se encuentra regulada en los artículos 108 a 141 del Código Civil, cuya vigente redacción procede de la ley 11/1981, de 13 de mayo que tuvo una doble finalidad en materia de filiación. Por un lado, adaptar la regulación del Código Civil a los principios constitucionales, que afectaban de forma muy importante al régimen preexistente: la regulación de la filiación, introducida por esta reforma, responde a principios muy diferentes, y, en algún caso, abiertamente contradictorios con los que inspiraban los preceptos derogados. Por otro lado, aprovechó para introducir modificaciones de carácter técnico, de las que estaba muy necesitada la regulación de la filiación<sup>18</sup>.

Tales reformas son fundamentalmente las siguientes: utilización de una nueva terminología, en la que destaca la sustitución de las expresiones «*filiación legítima*» y «*filiación ilegítima*» —dividida esta última en varias subespecies—, por las de «*filiación matrimonial*» y «*filiación no*

<sup>16</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 19.

<sup>17</sup> Véanse Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2005; López-Rendo Rodríguez, 2010.

<sup>18</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 302.

*matrimonial*», desapareciendo así las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «*hijo ilegítimo*». Además se estableció el principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación. También se mantiene la diversidad de modos de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial y se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad. Es a partir de este momento cuando el bien del hijo preside la regulación de la filiación.

No obstante, la redacción puesta en vigor por esta ley ha experimentado diversas reformas, de las que destaca la operada por la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que derogó y dejó sin contenido los artículos 127 a 130 y 135 del Código Civil, así como el segundo párrafo del artículo 134.

Por lo que respecta a la patria potestad, que, igualmente, se aborda en la citada ley - y en desarrollo del principio fundamental, contenido en el artículo 39 (3) de la Constitución<sup>19</sup>, la acentuación del carácter de «*officium*», que ya tenía la anterior regulación, destacando, en la reforma, las siguientes características: Se estructura la patria potestad como función dual o compartida de ambos progenitores; se suprime el usufructo del padre sobre los bienes de los hijos y se regula en forma más ágil la administración y enajenación de los mismos; se establece el principio básico del respeto a la personalidad de los hijos; se incrementa en el ejercicio de la patria potestad la intervención y control del Juez; se establece una total igualdad entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. La patria potestad prorrogada y rehabilitada, constituye, asimismo, una de las novedades introducidas en el CC por la Ley 11/1981, y es objeto de nueva redacción por la Ley 13/1983, de reforma en materia de tutela.

Esta ley también aborda los regímenes económicos matrimoniales. En este sentido puede indicarse que, incluso antes de aprobarse, se había defendido doctrinalmente la necesidad de distinguir entre el contenido típico y el posible contenido atípico de las capitulaciones. La redacción dada, mediante esta ley, al artículo 1325 del Código Civil implica la consagración de dicha perspectiva, dado que admite expresamente las estipulaciones relativas al régimen económico del

<sup>19</sup> Véanse Seisdesos Muiño, 1988; Ruiz-Rico Ruiz, 1989; Echarte Feliú, 2000; Asensio Sánchez, 2006.

matrimonio, de una parte, y, de otra, cualesquiera otras estipulaciones pactadas por razón del matrimonio<sup>20</sup>.

Además, a partir de esta ley, la redacción vigente del Código Civil, ha mantenido distintas, y distantes, las donaciones antenuptiales y las postnupciales. También ha tratado siempre de sociedad de gananciales —o sociedad legal de gananciales— tanto en la redacción originaria cuanto en la actual —procedente de la ley 11/1981 y, en algunos aspectos de detalle, de la ley 13/2005—<sup>21</sup>.

Con anterioridad a la reforma de 1981, el régimen de separación de bienes se encontraba regulado muy parcamente en el Código Civil y, además, con un claro sentido sancionador. Tal paupérrima regulación de una parte y, de otra, la clara pujanza y el arraigo del régimen de gananciales, traían consigo una clara desconsideración hacia el régimen de separación de bienes, cuya importancia podía considerarse claramente residual bajo el régimen normativo anterior a 1981<sup>22</sup>. En contrapartida, hoy en día prácticamente la generalidad de los matrimonios deciden regirse por este sistema económico ya que, en caso de una futura crisis matrimonial, resulta mucho más sencillo determinar lo que corresponde a cada miembro de la pareja.

Actualmente son tres los regímenes económicos matrimoniales existentes en el Derecho común español: sociedad de gananciales, separación de bienes y el denominado régimen de participación o de participación en las ganancias; este último ha sido introducido en el Código Civil a raíz de la promulgación de la disposición legal objeto de estudio<sup>23</sup>.

### *5.2. La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*

A partir de esta ley el Código Civil dispone que el matrimonio puede disolverse, no solo por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, sino también por el divorcio<sup>24</sup>, introducido ahora como causa de extinción del matrimonio. Se concie-

<sup>20</sup> Lasarte, 2010, p. 163.

<sup>21</sup> Véase Rebolledo Varela, 2010.

<sup>22</sup> Lasarte, 2010, p. 244.

<sup>23</sup> Véase Pereda Gámez, 2007.

<sup>24</sup> Artículo 85 del Código Civil Español.

be el divorcio como un expediente jurídico de carácter causal que permite poner fin a un matrimonio válidamente contraído. De este modo, concurriendo causa de divorcio, cualquiera de los cónyuges puede interponer la demanda solicitando la declaración de extinción del vínculo<sup>25</sup>.

El artículo 86 del Código Civil, actualmente derogado, contenía la relación de causas de divorcio admitidas en el ordenamiento civil español. A excepción de la causa quinta, todas ellas tenían en común la ruptura de la convivencia matrimonial, pero diferían en el tiempo que había de transcurrir para poder interponer la demanda en función del presupuesto que origina la causa.

En este sentido se puede afirmar que las causas de divorcio eran básicamente dos: el cese de la convivencia conyugal —art. 86 (1, 2, 3 y 4) del Código Civil— y la condena en sentencia firme por atentar uno de los cónyuges contra la vida del otro, sus ascendientes o descendientes —art. 86 (5) del Código Civil—.

La Ley 30/1981 partió, así pues, del principio de que tanto la separación como el divorcio deberían encontrar fundamento en alguna de las causas predeterminadas legalmente. Con la Ley 15/2005 se ha abandonado el sistema causalista<sup>26</sup>.

A modo de síntesis se puede decir que las dos Leyes de 1981 introdujeron en el Código Civil, frente a la regulación anterior, entre otros valores, la igualdad de los cónyuges, la igualdad de todos los hijos con respecto a sus padres, la libre investigación de la paternidad, la existencia de una única clase de matrimonio civil, sin perjuicio de aceptar su celebración en forma religiosa, y el divorcio.

Sobre los efectos derivados de los cambios normativos, hasta aquí reseñados, valga la apreciación al respecto de Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga: *«El discurrir de la normativa nacida en 1981 ha sido muy interesante. Y no solo me refiero a los aspectos jurídicos o, incluso, legales, sino muy especialmente a los sociales. Es cierto que el incremento de las rupturas familiares debe ser calificado en sí mismo como un mal. Pero también ha producido una consecuencia benéfica. Los niños que mayoritariamente quieren ser igual que los demás de su entorno y rechazan, por principio, ser diferentes (...) cuando sus padres se separaban se sentían unos bichos raros y sufrían con*

<sup>25</sup> Maluquer de Motes, 2005, p. 230.

<sup>26</sup> Véanse De Andrés Irazazabal, 2006; Castillejo Manzanares, 2007; Torres Mateos, 2007.

*ello. Los padres, con parecida frecuencia a aquella con que ahora se separan, llevaban una vida de pareja inexistente o paupérrima, cuando no violenta o francamente desgraciada (...). Pero pocos se separaban. Conceptos religiosos en algunos, temores al futuro económico, y falta de preparación de la mujer en otros, temor a afrontar un cierto aislamiento social, en muchos, llevaban a un gran número de parejas a renunciar al futuro y resignarse a su situación. Con la proliferación actual de progenitores desunidos, los hijos han dejado de ser bichos raros, lo que, al menos, ha tenido este efecto beneficioso»<sup>27</sup>.*

Tras las citadas disposiciones legales se han dictado algunas otras leyes que también han incidido en algunos aspectos del Derecho de Familia, pero cuya importancia no es, ni de lejos, comparable con la producida en 1981, dado que no han representado alteración alguna del sistema familiar instaurado por las dos leyes anteriormente reseñadas. Son las siguientes:

### *5.3. La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela*

Con ella el sistema tutelar se asienta en dos principios básicos: por el primero se abandona el modelo de tutela de familia y se instaura un sistema de tutela de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —que, entre otras cosas, las constituye y controla: Sentencia de 27 de febrero de 1999—. Por el segundo se establece la concepción unitaria de las instituciones tutelares y se asume un sistema de pluralidad de guarda legal que, junto con la tutela y la extensión a las instituciones tutelares de la figura del defensor judicial, conlleva la regulación de la curatela<sup>28</sup>, restableciéndola en nuestro Derecho ya que el Código Civil la había suprimido como institución autónoma, si bien su papel se desempeñaba de otros modos<sup>29</sup>.

Es una realidad constante el supuesto de ejercicio de hecho de un derecho. En este sentido el Código Civil, en los artículos 303, 304 y 306, regula la guarda de hecho, tras la reforma de la Ley de 24 de octubre de 1983. Con la expresión guarda de hecho se hace referencia a aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representa-

<sup>27</sup> Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, 2005, p. 18.

<sup>28</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 376.

<sup>29</sup> Albaladejo, 2008, p. 324.

ción y la defensa de un menor o incapaz<sup>30</sup>. Admite, precisamente por su carácter fáctico, todas las variantes, inclusive la denominada curatela de hecho, en caso de que el guardador desempeñe funciones de curador, y ello sin perjuicio de que el caso más común en la realidad sea la tutela o la patria potestad de hecho<sup>31</sup>.

Por lo que respecta al defensor judicial, antes de la reforma de 1983, la ley acogía ya la figura para el caso de choque de intereses entre los menores e incapacitados y sus padres o guardadores ordinarios, y ahora la ha generalizado, extendiéndola a otros casos previstos en el artículo 299 del Código Civil como, por ejemplo, en el supuesto de que el tutor o el curador —por cualquier causa— no desempeñare sus funciones<sup>32</sup>. Y es que en el régimen jurídico anterior a la reforma de 1983 la tutela se ejercía bajo la vigilancia de un protutor así como de un consejo de familia —«*tutela de familia*»—, y no se preveía más que la tutela como forma de guarda para quienes «*no estando bajo la patria potestad*» fuesen «*incapaces de gobernarse por sí mismos*» —«*unidad de guarda legal*»—<sup>33</sup>.

Así pues, el sistema tutelar vigente procede de la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que dio nueva redacción a los títulos IX y X del Libro I. El citado Título X, bajo la rúbrica «*De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*», comprende los artículos 215 a 313 del Código Civil. Algunos de estos artículos —aparte de los que la Ley 13/1983 dejó vacíos de contenido— han sido reformados con posterioridad por obra de tres leyes: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. La Ley 4/2000, de 7 de enero, derogó los artículos 202 a 214 del Código Civil<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sánchez-Calero, 2005, p. 386.

<sup>31</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, 2007, p. 249.

<sup>32</sup> Albaladejo, 2008, p. 326.

<sup>33</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 376.

<sup>34</sup> Sánchez-Calero, 2005, p. 376. Véanse Gómez-Oliveros, 1984, pp. 625-674; Sancho Gargallo, 2000; Chimeno Cano, 2003; Quesada González, 2004; Torres Mateos, 2007.

5.4. *La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción*

El régimen vigente de la adopción que se contiene en el Código Civil responde a la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre de 1987<sup>35</sup>. A partir de la misma el régimen del Código Civil relativo a la adopción se conforma en atención a las pautas siguientes:

Con el fin de evitar el tráfico de niños, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar que la adopción sea beneficiosa para el menor, se instaura un «*principio de control administrativo de las adopciones*». Desde entonces, para poder iniciar los expedientes de adopción se precisa, como regla general de una propuesta previa de la entidad pública.

Mediante la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza<sup>36</sup>, se asienta de modo pleno el «*principio adoptio imitatur naturam*». En consecuencia, la adopción no va a generar una simple relación de filiación entre el adoptante y el adoptado —*status filii*—, sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó —*status familiae*—.

Se erige el «*principio de primacía del interés del menor*» como pauta básica de la ordenación legal de la adopción. Entre otras cosas, el interés del menor pasa a ser criterio básico y condicionante de la resolución judicial constitutiva del vínculo adoptivo<sup>37</sup>.

Además ha de tenerse en cuenta que únicamente cabe la adopción dual en el caso de que los adoptantes estén unidos por matrimonio de derecho o por matrimonio de hecho (parejas de hecho). Esta última posibilidad se prevé en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre. Por lo tanto, fuera de estas parejas de hecho o de derecho, no cabe la adopción por más de una persona<sup>38</sup>. También ha introducido el apartado cuarto del artículo 222 del Código Civil. En virtud del mismo, «*estarán sujetos a tutela los menores que se hallen en situación de desamparo*».

<sup>35</sup> Véase Méndez Pérez, 2000.

<sup>36</sup> Artículo 108 del Código Civil Español.

<sup>37</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 422.

<sup>38</sup> O'Callaghan Muñoz, 2005, p. 263.

La situación de desamparo - que se produce cuando el menor queda privado de hecho de la asistencia moral y material que precisa, como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a los titulares de la patria potestad o al tutor nombrado al efecto, art. 172.1 del CC, - aconseja la adopción urgente de medidas de protección. De ahí que el artículo 172 del CC y el artículo 18 de la LOPJM, atribuya a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Se trata de una tutela que corresponde a las entidades mencionadas «*por ministerio de la ley*», sin que preceda un acto de constitución judicial. Por tal razón, a esta tutela administrativa se le llama también tutela automática, reservándose la denominación de tutela ordinaria para los supuestos primero, segundo y tercero del artículo 222 del CC<sup>39</sup>.

Ahora bien, la regulación de la adopción derivada de la ley del año 1987 ha sufrido tres reformas parciales tras las cuales se ha definido plenamente el régimen jurídico vigente que acerca de la adopción contiene el Código Civil. La primera de ellas tiene lugar por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. La segunda tiene lugar a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta reforma refiriendo el matrimonio a las personas del mismo sexo, posibilita la adopción dual por homosexuales. Y la tercera reforma surge en virtud de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, que regula la adopción internacional, pero incide en la normativa del Código Civil, al reconocer el derecho de toda persona adoptada a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos<sup>40</sup>.

##### *5.5. La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo*

Tal como se indica en el Preámbulo de esta ley, «...*el Código Civil sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo.*

<sup>39</sup> Sánchez-Calero, 2005, p. 359.

<sup>40</sup> Artículo 180.5 del Código Civil Español.



*La presente Ley pretende eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aun perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad»<sup>41</sup>.*

*5.6. La Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio civil por los Alcaldes.*

La competencia de los Alcaldes para autorizar un matrimonio en cualquier caso, le viene atribuida por esta ley pues, hasta esa fecha, solo podía autorizar matrimonios en casos muy excepcionales contrariamente a lo que sucede en la actualidad<sup>42</sup>.

El artículo 49, número primero, se refiere al matrimonio celebrado en forma civil, señalando la autoridad competente para autorizarlo, lo que desarrolla el artículo 51 del mismo texto legal, ambos según redacción dada por la citada ley.

*5.7. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Ha modificado una larga serie de artículos del Código Civil, casi todos relativos al Derecho de Familia, especialmente en materia de adopción, de tutela, de patria potestad, de guarda, de acogimiento familiar y de desamparo. A parte de contener una relación de los derechos del menor, también regula la adopción internacional. Esta ley, de aplicación a todos los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, proclama la primacía del interés superior del menor y dispone que todas las medidas que se adoptan a su amparo deberán tener carácter educativo<sup>43</sup>.

*5.8. La Ley 40/1999, de 5 de noviembre, por la que se regulan los nombres y apellidos y el orden de los mismos*

En su Exposición de motivos se dice: «Es, por tanto, más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el

<sup>41</sup> Preámbulo de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

<sup>42</sup> Sánchez-Calero, 2005, p. 80.

<sup>43</sup> Díaz-Ambrona Bardají y Hernández Gil, 1999, p. 63. Véanse Leal Pérez-Olague, 1996, pp. 1310-1313; Varela García, 1997, pp. 261-282.

*bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, debe regir lo dispuesto en la ley»<sup>44</sup>.*

*5.9. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad*

Con posterioridad a la reforma, en materia de tutela, del año 1983 —y, sin perjuicio, de otras modificaciones derivadas principalmente de la regulación de la tutela administrativa—, el régimen jurídico del Código Civil relativo a las instituciones tutelares resulta afectado por esta ley de *«protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad»*, que da entrada a la figura de la autotutela; por lo tanto se modifica la tutela al introducir la autotutela; es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión a una futura incapacitación —lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas—<sup>45</sup>

En este sentido se establece que *«... si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí misma, para el caso de ser incapacitada»<sup>46</sup>.*

A las entidades públicas les corresponde la tutela administrativa de los menores que —sometidos o no sometidos a la patria potestad o a la tutela ordinaria— hubieran sido declarados en desamparo. De este modo, con esta ley, se amplía el ámbito subjetivo de la tutela administrativa<sup>47</sup>. Así el último apartado del artículo 239 del CC amplía la tutela automática, administrativa o *«ex lege»* a los incapaces, atribuyéndola a la entidad pública correspondiente, cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 del CC sea nombrado tutor

<sup>44</sup> Exposición de motivos de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y el orden de los mismos. Véase Linacero de la Fuente, 2000, pp. 321-360.

<sup>45</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 376.

<sup>46</sup> Exposición de motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, relativa a la protección patrimonial de las personas con discapacidad.

<sup>47</sup> Martínez De Aguirre Aldaz, 2008, p. 417.

o, existiendo tutor, se encuentre el incapaz en situación de desamparo<sup>48</sup>.

*5.10. La Ley 42/2003, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*

Es en los casos de crisis familiar cuando aflora, en su más amplia dimensión, la relación de los menores con sus abuelos y con otros parientes. Esta óptica es desarrollada por la Ley 42/2003, donde se prevé la posibilidad de pactar el régimen de visitas de los abuelos en el convenio regulador –artículo 90.B del Código Civil–, o bien se entiende que este derecho de relación puede quedar establecido en el proceso de separación o divorcio contencioso, previa audiencia de los padres –art. 94.2 del Código Civil–. En una línea similar, el artículo 103 del Código Civil, prevé que, en casos excepcionales, los menores puedan ser encomendados a otros parientes, entre los que se mencionan específicamente los abuelos, como medida cautelar y, por lo tanto, provisional. En cualquier caso, estas medidas precisan que sean los progenitores quienes introduzcan la cuestión en el proceso, lo que merma las posibilidades de actuación de los abuelos y de otros parientes<sup>49</sup>.

*5.11. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*

Permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición. Por ello, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, serán únicos en todos los ámbitos, con independencia del sexo de los contrayentes.

La regulación legal, según su exposición de motivos, tiene sólidos fundamentos constitucionales. Serían los siguientes: promoción de igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad<sup>50</sup>; preservación de la libertad en las formas de convivencia<sup>51</sup>; instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los dere-

<sup>48</sup> Sánchez-Calero, 2005, p. 381.

<sup>49</sup> Maluquer de Motes, 2005, pp. 11-111.

<sup>50</sup> Artículos 9 (2) y 10 (1) de la Constitución Española.

<sup>51</sup> Artículo 1 (1) de la Constitución Española.

chos, sin discriminación por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social<sup>52</sup>.

En efecto, a la redacción anterior del artículo 44 del Código Civil que disponía que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*» se ha añadido un segundo párrafo que dice: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*»<sup>53</sup>.

#### 5.12. La Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Ha provocado una profunda reforma en esta materia, cuyas líneas fundamentales son las siguientes:

- Se admite la disolución del matrimonio por divorcio, sin necesidad de previa separación de hecho o judicial. Separación y divorcio son dos figuras autónomas e independientes. No es preciso pues, en caso de crisis matrimonial, acudir a la separación y, posteriormente, al divorcio, sino que, desde la aludida reforma legislativa, el cónyuge puede optar por la separación o el divorcio y, si opta por la separación, luego puede reclamar el divorcio<sup>54</sup>.

- Se mantiene la separación judicial como figura autónoma para aquellos casos en que los cónyuges, por las razones que les asisten, decidan no optar por el divorcio.

- Desaparece el antiguo modelo de la Ley de 1981 de separación-sanción.

- Hasta la actual reforma del Código Civil, en esta materia, la separación judicial se configuraba con carácter causal. No obstante los tribunales ya habían matizado la rigidez de la causalidad que se desprende del artículo 82 del Código Civil y, progresivamente, fueron introduciendo una causa genérica sobre la que fundamentar la demanda de separación: la falta de « *affectio coniugalis*». De ello se hace eco la exposición de motivos de la Ley 15/2005, introduciendo el mismo margen de libertad, que se reconoce en el artículo 32 de la Constitución Española, en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio y la de solicitar su disolución. Pues bien, la reforma ha eliminado cualquier atisbo de causalidad en la separación judicial, dejando

<sup>52</sup> Artículo 14 de la Constitución Española.

<sup>53</sup> Véanse Montero Aroca, 2006; Gavidia Sánchez, 2007; Martín Nájera, 2007.

<sup>54</sup> Véase Pérez Martín, 2007.

sin contenido el artículo 82 del Código Civil y modificando profundamente el artículo 81 del mismo texto legal<sup>55</sup>.

En definitiva, la actual regulación no significa que hayan perdido toda relevancia las causas-remedio o las causas-culpables. Lo que ocurre es que se somete la valoración de su existencia no tanto al órgano jurisdiccional como a los propios contratantes que patentizan su axiomática e inobjetable presencia mediante la oportuna demanda de separación<sup>56</sup>.

Así pues, tal como se reconoce en la Exposición de motivos de la ley en cuestión: «Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10 (1) de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de causa alguna pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación»<sup>57</sup>.

- A raíz de la citada Ley de 2005 se modifica el Código Civil en lo concerniente al plazo necesario para solicitar la separación o el divorcio. Desde entonces se habla de tan solo tres meses.

Por lo que respecta a la separación se decretará judicialmente en dos circunstancias:

- Por un lado se encuentra la separación judicial convencional (o de mutuo acuerdo) que tiene lugar a petición de ambos cónyuges, o de un cónyuge con el consentimiento del otro cónyuge, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Esto es, la demanda deben interponerla conjuntamente los dos cónyuges, aunque cabe la interposición individual acreditando contar con el consentimiento del otro. Para obtener la sentencia es necesario: haber transcurrido los tres primeros meses del matrimonio; y acompañar a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación.

La función del juez -ante la decisión de los cónyuges de separarse- es limitarse a comprobar que se cumplen los requisitos legales: existencia de matrimonio, transcurso de al menos tres meses desde su celebración, y voluntad expresa de los contrayentes de separarse. En ningún caso el juez entrará a valorar los motivos que llevan a los

<sup>55</sup> Maluquer de Motes, 2005, pp. 209-210, 230.

<sup>56</sup> Guilarte Gutiérrez, 2005, p. 53.

<sup>57</sup> Exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en materia de separación y divorcio.

cónyuges a tomar la decisión de separarse. Su misión es, diferente en relación al convenio regulador presentado por las partes pues la autoridad judicial deberá analizar el contenido del convenio, y no podrá aprobar aquella parte del mismo que sea dañosa para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.

- Por otro lado se contempla la separación judicial unilateral. En este sentido la separación contenciosa exige dos requisitos: En primer lugar, la voluntad unilateral de un cónyuge de separarse pues, o el otro cónyuge no quiere separarse, o no hay acuerdo entre ambos en relación al contenido del convenio regulador. Y, en segundo lugar, la obligatoriedad del transcurso de, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo de tres meses para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. Esta excepción reintroduce el causalismo, pues el cónyuge que pretenda la separación antes de los tres meses deberá acreditar el riesgo mencionado.

Por lo que respecta al divorcio, es importante señalar que de la expresión *«se decretará judicialmente el divorcio»* se infiere que la actuación del juez viene reglada. Esto es, si concurren los requisitos del divorcio, debe concederlo *«cualquiera que sea la forma (civil o religiosa) de celebración del matrimonio»*.

De la remisión que el artículo 86 hace al artículo 81 del CC se infiere que los presupuestos del divorcio son los mismos que los de la separación. Así el divorcio puede ser: de mutuo acuerdo o contencioso.

Es de mutuo acuerdo cuando se solicita por los dos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. Para que prospere es necesario, además, que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio, y que se presente junto a la demanda una propuesta de convenio regulador. Así pues, tanto la separación como el divorcio que se han formulado de forma bilateral –por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro– llevan consigo la necesidad de presentar la propuesta de convenio regulador, tal y como exige el artículo 81(1) del Código Civil, para la separación y, el precepto 86, por remisión al anterior, para el divorcio.

El divorcio es, en contrapartida, contencioso cuando solo lo solicita un cónyuge o, cuando, pidiendo los dos cónyuges el divorcio, no hay acuerdo sobre el contenido del convenio regulador. Para que esta demanda de divorcio pueda prosperar es preciso que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. No es necesario que transcurran los tres meses cuando *«se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio»*.

A diferencia de la separación, que no afecta al vínculo matrimonial, el divorcio extingue este vínculo matrimonial, por lo que los antiguos cónyuges quedan liberados para contraer nuevo matrimonio (entre sí o con terceros).

- El juez puede propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas las medidas o del mayor número de ellas. De esta forma, las partes pueden pedir la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar, que se establece en la ley como un recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares por la vía de mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral.

Al margen del núcleo central de la reforma -constituida por la absoluta liberalización del divorcio-, el legislador ha aprovechado para solventar algunos de los problemas que la práctica judicial de las crisis conyugales venía evidenciando. Entre ellos, en primer lugar, el haber, finalmente, acogido expresamente la posible temporalidad de las pensiones compensatorias y su potencial conversión en una prestación única. El cambio se intuye también en la denominación utilizada, ya que se recalca la idea de *«compensación»*, frente a la anterior y equívoca referencia a la *«pensión»*. En segundo lugar, con la modificación del artículo 92 del Código Civil se han introducido importantes reformas en materia de guarda y custodia de los hijos pues se acoge en el Código Civil la llamada guarda y custodia compartida que, tímidamente y con carácter excepcional, se adoptaba ya en alguna decisión jurisprudencial, si bien, con carácter general, era vista con disfavor por la mayoría de las Audiencias provinciales<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Guilarte Gutiérrez, 2005, pp. 8-9. Véase Lathrop Gómez, 2008.

5. 13. *La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

Abre, según su Exposición de motivos, nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad. La citada Ley tuvo su precedente en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, también sobre técnicas de reproducción asistida que había determinado un nuevo tipo de filiación —la llamada filiación asistida—, que, aún siendo natural en algunos casos, no se corresponde con la filiación biológica.

Esta Ley de 1988 regula tanto la reproducción asistida homóloga —que tiene lugar cuando los gametos provienen de los cónyuges o de los convivientes— como la reproducción asistida heteróloga —cuando uno de los gametos o los dos provienen de un tercero—<sup>59</sup>.

La Ley de 2006 introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos. También se crea el Registro de actividad de los Centros de reproducción asistida, en el que se registrarán los datos sobre tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones que sirvan para informar a los ciudadanos sobre la calidad de cada uno de los centros<sup>60</sup>.

5. 14. *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional*

En su exposición de motivos se dice: «*En aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Asimismo, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta, o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o*

<sup>59</sup> Díaz-Ambrona Bardaj y Hernández Gil, 1999, p. 353. Véanse Gavidia Sánchez, 2007; Lledó Yagüe y Monje Balmaseda, 2008.

<sup>60</sup> Véase Cobacho Gómez e Inieta Delgado, 2007.



*enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social»<sup>61</sup>.*

En su disposición final primera modificó tres artículos del Código Civil sobre la adopción, y suprimió en dos artículos de la patria potestad y la tutela el «*corregir razonable y moderadamente a los hijos*». Además, tras la reforma operada por la citada ley, el inciso final del artículo 154 del CC dispone que «*los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad*». Esto puede acontecer, por ejemplo, si el menor se fuga de casa<sup>62</sup>.

#### 6. A MODO DE COLOFÓN

Los poco más de treinta años que han transcurrido desde que se promulgó la Constitución en España, dando paso con ello a una nueva formulación social, han supuesto hondas transformaciones en el Derecho de Familia, afectando considerablemente al propio modo de entender ésta.

Será en el año 1981 cuando se publican las dos leyes más trascendentes en esta parte del Derecho civil. De hecho a partir de tal momento se habla de un nuevo Derecho de familia. Tales disposiciones legales suponen decisiones fundamentales en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981) e, igualmente, en el modo de desarrollar el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley 30/1981).

La Constitución española también lleva a contemplar posicionamientos nuevos en cuestiones tales como la tutela (Ley 13/1983), la adopción (Ley 21/1987), la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (Ley 11/1990), la autorización del matrimonio civil por los alcaldes (Ley 35/1994), la protección jurídica del menor (Ley 1/1996), la regulación de los nombres y apellidos y el orden de los mismos (Ley 40/1999), la protección patrimonial de las personas con discapacidad (Ley 41/2003), las relaciones familiares de los nietos con los abuelos (Ley 42/2003).

<sup>61</sup> Exposición de motivos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

<sup>62</sup> Véase Guzmán Peces, 2007; Calvo Carava y Carrascosa González, 2008.

Sin embargo todas estas modificaciones son de escasa entidad en comparación con las llevadas a cabo en el año 1981 y, también, con las efectuadas en el 2005.

A partir de 2005 el derecho de contraer matrimonio se amplía a que se constituyan como tal personas del mismo sexo (Ley 13/2005) y, también, se reforma profundamente el modo de entender jurídicamente las crisis matrimoniales (Ley 15/2005). Son, entonces, tan grandes los cambios acaecidos que se puede decir que, con ellos, el concepto de familia y su mantenimiento en el tiempo han entrado en una fase nueva.

Con las disposiciones adoptadas en materia de técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006) y de adopción internacional (Ley 54/2007) se completa, hasta la fecha, la evolución contemplada. De este modo el nuevo horizonte que la Constitución de 1978 supuso en el ámbito de los derechos y de los deberes llegó hasta límites seguramente insospechados por los que, en aquel momento, llevaron a cabo la Carta Magna.

#### BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid, Edisofer s.l., Libros Jurídicos, 2008, Undécima edición.

Asensio Sánchez, M. A., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid, Tecnos, 2006.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Madrid, Bercal, 2007.

Berrocal Lanzarot, A. I., *Reflexiones sobre las relaciones familiares entre abuelos y nietos tras la nueva ley 42/2003, de 21 de noviembre*, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, 6, 2005.

Calvo Carava, A. L., Carrascosa González, J., *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008.

Castillejo Manzanares, R., *Guardia y custodia de hijos menores. La crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Proceso declarativos especiales en la LEC*, Las Rozas (Madrid), Editorial La Ley, 2007.

Cobacho Gómez, J. A., Inieta Delgado, J. J., *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2007.

Código Civil Español

Constitución Española

Chimeno Cano, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2003.

De Andrés Irazazabal, C., *Matrimonio, uniones de hecho, separación y divorcio*, Madrid, Colex, 2006.

Díaz-Ambrona Bardají, M<sup>a</sup> D., Hernández Gil, F., *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.

Diez-Picazo, L; Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Tecnos, 2006, Décima Edición.

Echarte Feliú, A. M., *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada, Comares, 2000.

Gavidia Sánchez, J. V., *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Gómez-Oliveros, J. M., *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 562, 1984.

Guilarte Gutiérrez, V. (director), *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

Guzmán Peces, M., *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, Las Rozas (Madrid), Editorial La Ley, 2007.

Lasarte, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, 2010, Novena edición.

Lathrop Gómez, F., *Custodia compartida de los hijos*, Las Rozas (Madrid), Editorial La Ley, 2008.

Leal Pérez- Olague, M. L., *Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, Editorial La Ley, 1996.

Linacero de la Fuente, M., *Comentario a la ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, Revista general de legislación y jurisprudencia*, 3, 2000.

López-Rendo Rodríguez, C., *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Madrid, Dykinson, 2010.

Lledó Yagüe, F. Monje Balmaseda, O., *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2008.

Maluquer de Motes, C. (Coord), *Derecho de Familia*, Barcelona, Bosch, 2005.

Martín Nájera, M. T. (et al.), *El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005*, Madrid, Dykinson, 2007.

Martínez De Aguirre Aldaz, C. (coord), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Madrid, Colex, 2008.

Meil Landwerlin, G., *Padres e hijos en la España actual*, Barcelona, Fundación «la Caixa», 2006; Vázquez de Prada, M., *Historia de la familia contemporánea. Principales cambios en los siglos XIX y XX*, Madrid, Ediciones Rialp, 2008.

Méndez Pérez, J., *La adopción: comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Editorial Bosch, 2000.

Montero Aroca, J. (coord.), *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

O'Callaghan Muñoz, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Las Rozas (Madrid), Editorial, La Ley, 2005.

Pereda Gámez, F. J., *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*, Las Rozas (Madrid), Editorial La Ley, 2007.

Pérez Martín, A. J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2007.

Quesada González, M. C., *La tutela y otras instituciones de protección de la persona*, Barcelona, Editorial Atelier, 2004.

Rebolledo Varela, A. L. (et al.), *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Madrid, Dykinson, 2010.

Ruiz-Rico Ruiz, J. M., *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Granada, Comares, 1989.

Sánchez-Calero F. J. (coord), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Sancho Gargallo, I., *Incapacitación y tutela*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.

Seisdesos Muiño, A., *La patria potestad dual*, Erandio (Vizcaya), Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1988.

Torres Mateos, M. A., *Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2007.

Torres Mateos, M. A., *Tutela, curatela, guarda de menores e incapacitación y defensor judicial*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2007.

Varela García, C., *Comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: Principios programáticos y normas de conflicto*, *Actualidad Civil*, 1, 1997.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. (et al.), *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, Dykinson, 2005.